Cuvil 2. 15



POR EL CAPITAN RODRIGO DE ESCOVAR

vezino de la Ciudad de Natà en Indias. En el pleyto,

CON

Antonio Suarez Prieto, y Christoual Martinez Escacena, Patronos del Patronato, que fundò Iuan de Montes de Oca, y demas terceros, que han salido al pleyto.

En Granada. Por Vicente Aluarez de Mariz, en la Plaça Nueua, enfrente la Real Chancilleria. Año 1629.

Num.1. N ESTE Papel con breuedad satisfarè a las nulidades que opone el Abogado contrario à la Carta Executoria de la Real Audiencia de Panama, litigada por el dicho Capitan Rodrigo de Escouar, por si, y como cessonario de Doña Iuana de Burnao, contra el dicho Iuan de Montes de Oca, sobre la restituycion de la dote, y bienes multiplicados de Doña Mencia Teran de los Rios, su muger, y assi se diuidirà en dos Articulos.

En el primero, se tratarà como las sentencias del pleyto ordinario, y las cuentas, y liquidacion hechas en su execucion, no tienen nulidad, y son exsequibles, y ansi mismo la execucion.

En el segundo, se tratarà como los señores de la Sala no son Iuezes para mandar, sobre ser la Carta Executoria de Panama, y de passo se tratarâ del derecho de los terceros

ARTICVLVS PRIMVS.

Num.2. ESTE pleyto se començò por querella de Doña Iuana de Burnao, madre, y heredera de Doña Mencia de Teran, muger de Iuan de Montes de Oca, por dezir que el dicho Iuan de Montes de Oca, auia muerto con veneno, y hechizos a la dicha Doña Mencia, y por incidencia se le pidio q̃ fuesse condenado a restituyr dos mil pesos, de la dote de Doña Mencia, y la mitad de nouenta mil ducados, que se adquirieron constante el matrimonio, y aunque por parte de Montes de Oca, se declinò en la causa ciuil, pretendiendo se

se auia de remitir a España a la Villa de Moguer, sin embargo se procedio adulteriora: pretende pues el Abogado contrario, que vuo nulidad en estos autos, respecto de que la causa ciuil, no se pudo tratar ante el Audiencia de Panama, lo qual no tiene fundamento en derecho, respecto de que el Iuez de la causa criminal puede conocer incidente de la causa ciuil de restitucion de interesses, daños, y hazienda, ex celebri doctrina Bart. in l. interdum, §. qui furem, ff. de furtis, Menoch. de arbitr. q. 91. n. 8. Bertac. consi. 232. n. 2. lib. 1. & ibi Claudius, in additione, littera A. Farinat. de inquisitione, q. 1. n. 64. vbi asserit ita decisum in Rota coram Robusterio, Ceuallos, tom. 5. *De las Fuerças*, q. 65, n. 33. y no obstò la dilatoria que opuso el dicho Montes de Oca, pretendiendo que la causa se auia de remitir a España a la Villa de Moguer, donde era originario, porque esta excepcion dilatoria quedò vencida, per processum adulteriora, Bald. in l. á procedente, C. de dilationibus, Ioannes Garcia, de nobilit. glos. 1. n. 24. Barbos. in l. maritum, n. 48. ff. solut. matrim. & Salgad. de Reg. protect. part. 2. c. 1. n. 31. cum seqq. y assi no vuo nulidad en auer procedido la Audiēcia de Panama en prossecucion de la causa, assi por poder conocer incidentemente de la causa ciuil, como por no auer suplicado por parte de Iuan de Montes de Oca, del proceder adulteriora.

Lo segundo, se supone, que auiendo sido condenado Iuan de Montes de Oca en restitucion de mil y quinientos pesos de la dote, vna cadena de oro, y la mitad de los bienes multiplicados por sentencia de reuista de la Audiencia, en execucion destas sentencias se nombraron Num. 3.

ron Contadores, y se adjudicò a Doña Iuana Burnao, y al Capitan Escouar 20U788. patacones, como consta de la executoria, fol.459. y auiendose dicho agrauios por Mõtes de Oca dio vn poder a Manuel Suarez de Solis, Procurador para todos sus pleytos mouidos, y por mouer, que està a fojas 521. el qual dio en cinco de Octubre de 1624. parece, que el dicho Iuan de Montes de Oca, murio en nueue de Diziembre de 1624. dos meses, y cinco dias despues de dado el poder, y en vn codicilo, que otorgò, que està a folio 552. manda se le pague lo que adelante corriere del salario del dicho Manuel Suarez, declarandole tener pagada la mitad, y por esta Clausula del, a fojas 552. dà poder a los Albaceas, que dexò en Panama, para que siguiessen el pleyto con el Capitan Escouar, y pudiessen cobrar de sus bienes para las costas del. Parece pues, que auiendosele notificado a Manuel Suarez, vn auto de seys dias de termino para la prueua, y denegado el termino, vltramarino, que pedia Montes de Oca, salio diziẽdo el dicho Manuel Suarez su Procurador, que el poder que tenia auia espirado, por muerte de Montes de Oca, y que assi se auia de citar a las obras pias, y vno auto en el Audiencia, en que se declarò no auer lugar el desestimiento del Procurador, ni citar a los Albaceas de España; pretende pues el Abogado contrario, que el juyzio fue nulo, hecho sin parte, ex l. licet, C. de procuratoribus, & ex latè congestis â Vancio, de nulitatibus, tit. quibus modis sententia nulla defendi possit, n. 91. la qual excepcion se puede oponer quandocumque, y no està excluyda por la disposicion de la ley 4. tit. 17. lib. 4. Recop. que prohibe dezir de nulidad contra las sentencias

de

de reuista, como largamẽte refiere en el n.10. 11.y 12. de su informacion.

Pero sin embargo de lo que opone el Abogado contrario, no es de consideracion la oposicion que haze, porq̃ aunque regularmente el mandato del Procurador, reintegra morte mandantis expiret, l. mandatum, C. mandati, l.33.tit.5.part.3 cum in numeris congestis à Pichard.in §. Recte quoque, nu. 6. in tit. de mandato, & à Trentancinq. libr.2.titul. de procuratoribus, Resolutione 10. & â Mantic. de tacit.& ambiguis, libr.7. titul.23.num.22. Num. 4.

Porque a esta dificultad se responde, que auiẽdo opuesto Manuel Suarez de Solis la excepcion de que su poder auia espirado con la muerte de Montes de Oca, sin embargo desta oposicion, en 24. de Diziembre de 624. se declarò, no auer lugar el desistimiento del Procurador, con lo qual la dicha excepcion quedô vencida, y no se puede boluer a oponer, de exceptionibus reiectis c. suberta, in fin. de re iudicata, Clementina, fin. de exceptionibus, l. quod in diẽ §. fin. de cõpẽsationibus, Menoch. lib.2. presup.64. Barbos. in l. maritũ 13. n. 47. ff. soluto matrim. & exceptio in priori iuditio reiecta non potest iterum ad impediendã executionẽ oponi obstat enim replicatio rei iudicate, vt per Iassonem, in l.1. n.19. vers. secũdo limita, C. de iuris, & facti ignorantiã, & post alios plures Borsninus Caualcanus, decis. 45. n.64. part.1. Marius Muta, decis.21. n.9. & 10. Fachineus, cons.22. n.2. lib.3. Mandel Aluense, cõs.14. n.6. volum.1. late Stephanus Gratian. disceptationum Forensium, 3. part. cap.445. n.7. & seqq.

La segunda razon es, porque como consta de los autos Iuan de Montes de Oca dio po- Num.5.

der a Manuel Suarez en 5. de Octubre de 1624. y murio Montes de Oca en 9. de Diziẽbre del dicho año, dos meses y seys dias despues de dado el poder, en que es cierto auia hecho autos por no auerse dexado en ningun tiempo de seguir el pleyto, como lo alegô Rodrigo de Escouar, en la peticion que presentô, respondiendo a el pedimiento del Prourador, en que alegò que su poder auia acabado con la muerte de Montes de Oca, con lo qual non erat res integra, y assi el poder no auia faltado, quia quã do aliquid substantiale ipsius negotij fit nõ dicitur res integra, c. in causis de electione, glos. in §. recte, & in §. item si adhuc instit. mandati, Romanus, in l. 2. §. sed quis, n. 10. ff. de donationibus, Mantic. lib. 7. tit. 23. n. 31. y assi no espirò el mandato del Procurador.

Num. 6. La tercera razon es, porque como consta de la Clausula del codicilo del dicho Capitan Mõtes de Oca, manda se pague a el Procurador Manuel Suarez, lo que se le deuiere, y despues manda que los Albaceas que dexa en Panama sigan el pleyto con Rodrigo de Escouar, y cobren para las costas de sus bienes, cõ lo qual es cierto sin duda, que dexò el dicho poder para que se siguiesse el pleyto despues de su muerte, y quando el poder se confiere despues de la muerte del mandante, el poder no espira con la muerte, l. si vero non remunerandi, §. fin. cũ l. sequenti, ff. mandati, l. fin. ff. de solutionibus tradunt post plures, Mantic. de tacitis, & ambig. lib. 7. tit. 24. Trentranc. q. variar. resolutionum, lib. 2. resolut. 10. de procuratoribus, n. 6. vers. principalis conclusio, Pichard. in §. recte quoque in vers. item si adhuc integro, n. 11. & n. 15. y assi el poder de Manuel Suarez, caso q̃ no vuiera començado en vida de Montes de

Oca,

Oca, se extendia despues de su muerte, por a-
uer querido el mandante que se vsara del des-
pues de su muerte, y assi no contienen nulidad
los autos, que se hizieron con Manuel Suarez
de Solis.

Ni es de consideracion la doctrina de Bald. Num. 7.
in l. licet, C. de procuratoribus, n. 2. alegada
por el Abogado contrario en el n. 11. de su in-
formacion, porque aunque Baldo dize, *Quod li-
cet falsus procurator sit admissus de facto ad iudiciũ
tamen non præiudicat de iure.* La doctrina de Bal-
do se ha de entender quando el pleyto se si-
guio con el falso procurador, como con el ver
dadero, sin oponerle el defecto del mandato,
porque en esse caso, aunque de hecho aya si-
do admitido a el juyzio, non præiudicat de iu-
re, pero en caso que por la parte se opuso de-
lante del Iuez el defecto del mãdato, y sin em-
bargo el Iuez mandò prosseguir, no procede
la doctrina de Baldo, y assi es de ningun funda-
mento la dicha doctrina.

La segunda nulidad, que oponen es dezir,
que en la via executiua que se siguio en Pana- Num. 8.
ma, contra los bienes de Iuan de Montes de
Oca, por los treynta y tres mil trezientos y no-
uenta y vn pesos, fueron citados de remate
Balthasar Maldonado Albacea, y Blas Yañez
de Soto, y Manuel Suarez, y pretende que la
dicha citacion fue ninguna, respecto de que
como consta de la apertura del testamento,
a fojas 523. solo aceptô el albaceazgo para el
entierro, y no para otro efecto.

Pero sin embargo de lo susodicho, la dicha Num. 9.
aceptacion fue legitima, y pudo ser citado,
porque como consta del testamento del dicho
Iuan de Montes de Oca, el susodicho dexô por
su

ſu heredera el alma, y por ſus Albaceas al dicho Capitan Balthaſar Maldonado, y a Blas Yañez de Soto, los quales ſiendo executores vniuerſales, vicem hæredum obtinent, Bartol. in l. hæreditas, ff. de heredibus inſtituend. Boerius, decif. 204. num. 47. Menoch. de adipiſcenda poſſeſſ. Rem. 4. numer. 268. Valaſcus, conſultat. 68. numer. 3. & 4. Caldas, de emption. & vendit. cap. 17. num. 17. Y de la manera que la execucion de las ſentencias tenia lugar contra los herederos, leg. ex contractu, ff. de re iudicat. cum alijs cumulatis, a Parlador. cap. fin. 4. part. §. 1. numer. 1. & ſequent. aſſi la citacion de remate ſe deuio hazer a los dichos Albaceas, l. creditor, & ibi Albericus, ff. de diſtractione pignorum, Parlador. libr. 2. Rerum Quotidian. cap. fin. 5. p. §. 9. n. 1.

Num. 10. Y no es de conſideracion dezir, que el dicho Iuan de Montes de Oca, dexô aſſi miſmo por ſus Albaceas al Licenciado Antonio Suarez Prieto, y a Chriſtoual de Eſcarcena en Moguer, y cierto Patronato en la Villa de Moguer en eſtos Reynos, los quales no fueron citados para eſta pleyto, y cauſa, porque ſe reſponde, que los Albaceas con quien el teſtador mandò ſeguir eſta cauſa fue con los de Panama, como conſta de la Clauſula del Codicilo, a fojas 552. y los dichos Antonio Suarez Prieto, y ſu compañero, fueron ſolo para lo que tocaua a Eſpaña, quedando remaniente de la hazienda que quedó por muerte del dicho Iuan de Montes de Oca, como conſta del pleyto, fol. 550. con lo qual ſolo quedaron Albaceas en caſo de auer remaniente, y aſſi condicionalmente, porque aquella palabra es de abla-

ablatiuo absoluto, que importa condicion, l. à testatore, ff. de conditionibus, & demonst. cum vulgatis.

Y menos es de consideracion dezir, que Num. 11.
el dicho Capitan Maldonado, y Blas Yañez de Soto, no aceptaron el Albaceazgo del dicho Montes de Oca, sino solo en quanto a el abrir el testamento, y hazer el entierro, como consta de la respuesta que dio Balthasar Maldonado, a fol. 728. y assi no pudo ser citado, porque el officio del Albacea no es necessario, hasta que se aya aceptado, cap. penultimo de testamentis, & ibi laté tradit, Couarrub. num. 4. Grassus, lib. 2. §. executores, quæst. 3. numer. 1. Porque se responde que fuera de estar vencida esta excepcion, por auerse declarado por bastante la citacion de remate hecha a los dichos Albaceas, que es lo que arriba diximos en la citacion hecha a Manuel Suarez, la aceptacion del Albacea se induze por vn acto tacito, ex quo colligi possit mandatum accepisse, l. filius familias absentis, ff. ad Macedonianum, & cum alijs pluribus contendit Couarrub. in dict. cap. penultim. de testamentis, num. 4. in fin. & Grass. num. 6. y no puede auer mas expresso acto, que auer acudido el dicho Balthasar Maldonado, a que se abriesse el testamento, y se hiziesse el entierro de Iuan de Montes de Oca; y no obsta dezir que fue restringida la aceptacion a solo abrir el testamento, y hazer el entierro, porque la aceptacion del Albaceazgo, no recibe dia, ni condicion, ex cap. actus legitimi de Reg. Iuris, lib. 6. y assi quando no estuuiera expressamente vencida en

la Carta Executoria, como lo está, bastaua lo susodicho, para que esta nulidad se tuuiera por de ningun momento, ni considetacion.

ARTICVLVS II.

Num. 12. EN ESTE Articulo ha pretendido el Abogado contrario fundar, que caso que los señores de la Sala, no puedan conocer de las excepciones de nulidad opuestas por las partes contrarias, pueden conocer dellas para remitirlas al Superior, ex doctrina Vanci, de nullitat titul. coram quo, num. 22. & ex Andrea Gail, lib. 1. obseruatione 113. num. 9. porque a esta dificultad se responde, lo primero, que ay dos generos de executores, vnos son meros, y otros son mixtos, los mixtos son los que se dan auiendo precedido la sentencia, ad discutiendum actum executionis, y estos son los que pueden conocer de la nulidad, non ad effectum determinandi, & pronunciandi sed ad effectum remitendi interimque super sedendi in executione, ex text. celebri, in l. si prætor, §. Marcelus, ff. de Iuditijs, Felin. in c. de cætero de re iudicata, Menoch. de arbitrar. lib. 1. quæst. 38. à numer. 14. Rebufus, in tractat. de sententia executione, artic. 7. glos. 12. num. 19. Marquesan. de commissionibus, 1. part. cap. 23. num. 11. & 13. & nouissimè, Salgad. de Regia protect. part. 4. cap. 7. num. 32. & 33. y en este sentido se ha de entender el lugar de Vancio, y Gail alegado por el Abogado contrario, nempè, en los executores mixtos, quibus datur cogni-

cognitio executionis; porque estos son los
que pueden remitir la causa a el Superior.

Otros son executores meros a los qua- Num. 13.
les no se les comete la causa principal, ni
el conocimiento de la execucion, sino son
aquellos a los quales, discussa iam, & liqui-
data causa committitur possessionis tradi-
tio, & sic merum factum executionis. Auien-
do conocido el Iuez superior de todas las
excepciones, que se pueden oponer, y este
deue executar la sentencia sin meterse en
si la sentencia tuuo nulidad, o fue justa, o
injusta, porque el mero executor, cui com-
mittitur nudum factum executionis non po-
test labefactare factum superioris, leg. & si
non cognitio, C. si contra ius vel vtilita-
tem publicam, l. si vt propones, l. execu-
torem, C. de executione rei iudicatæ tra-
dunt, Bartol. in l. à Diuo Pio, ff. de re iudic.
num. 10. Gregor. Lopez, in l. 13. titul. 22.
partit. 3. Parlad. libr. 2. Rerum Quotidian.
cap. fin. 2. parte, §. 3. numer. 1. & sequent.
Amador Rodriguez, de executione, cap. 2.
num. 38. & 39. Bobadilla, in Politic. libr. 2.
cap. 20. numer. 48. Stephanus Gratianus,
1. parte, disceptat. cap. 146. num. 7. & no-
uissimè Salgado, de Regia protect. parte 4.
cap. 3. num. 3. & cap. 7. numer. 28. 29. & se-
quent. Y assi siendo meros executores de la
sentencia de remate de los Oydores de Pa-
nama, el Alcalde Mayor de San Lucar, pa-
ra solo dar la possession a el Capitan Ro-
drigo de Escouar, de los juros en que se tra-
uò la execucion, por el alcance de las quen-
tas, no pueden conocer, assi el dicho Alcal-
de Mayor, como los señores de la Sala, de
las

las excepciones de nulidad, que por parte de los Albaceas, y Patronos de Moguer, se oponen contra las Sentencias, y Autos de la Audiencia de Panamà, mayormente en caso que las mismas excepciones que aqui estan opuestas, se opusieron, y vencieron antes de despacharse la Carta Executoria, vt post Felinum, in cap. Pastoralis, §. quia vero, num. 17. vers. executor de offitio delegati tradet Gratianus, d. c. 146. num. 7. ibi: *Quia respondetur, quod de hoc articulo executionis fuit cognitum coram Iudice qui mandabit illam fieri quo casu quamuis sententia esset notorie iniusta non potest executor cognoscere de huiusmodi euidenti nullitate, aut iniustitia sed debet exsequi cum sit merus facti executor*, y assi estando vencidas en la Carta Executoria, todas las nulidades que de presente se oponen, no pueden los señores de la Sala, siendo meros executores de la Carta Executoria, conocer de las excepciones de nulidad, para suspender la execucion.

Num. 14. Ni es de consideracion lo vltimo, que se opone por el Abogado contrario, en el num. 29. diziendo, que caso que se vuiera de executar esta executoria, no auia de ser en San Lucar, sino en Moguer, donde estan los Albaceas, y herederos del Capitan Montes de Oca, ex l. 1. C. vbi de possess. Porque en electtion de la parte, que executa la Carta Executoria, está el executarla a donde estan los herederos, y la mayor parte de la hazienda, l. si fideicommissus 50. ibi: *Vt ibi petatur fideicommissum vbi maior pars heræ ditatis est*, ff. *de indítijs*, l. 1. titul. 6. partit 6. l. fin. titul. 9. eadem partita, Molina, de Primogenis, lib. 3. cap.

cap. 13. numer. 73. Pudo muy bien el Capitan Rodrigo de Escouar presentarla ante el Alcalde Mayor de San Lucar, donde està la mayor parte de la hazienda, que es el juro de veynte y tres mil ducados, que pagô el Duque de Medina.

Num. 15. Y menos son de consideracion los derechos de los terceros, que pretenden impedir la execucion, como son Don Alonso de Herbias y Calderon, por el censo de dos mil y duzientos ducados, que impuso Iuan de Montes de Oca, para lleuarle preso a Panama, porque esta oposicion es maliciosa, respecto de que auiendose executado en los juros, por los multiplicados de Doña Mencia Teran, y mandandole dar possession dellos, no puede tener derecho de hypoteca el dicho Don Alonso de Herbias, porque statim, que se dissoluio el matrimonio entre la dicha Doña Mencia, y Iuan de Montes de Oca, se le adquirio, irreuocabiliter, el dominio de los dichos bienes, vt optime contendunt Gutierrez, libr. 1. practic. quæst. q. 118. num. 12. & 13. & Morquecho, de diuis. bonorum, lib 2. c. 14. num. 2. y assi no pudo consistir en los juros el derecho de hypoteca, ad tradita per DD. in leg. Rem alienam, ff. de pignoratitia act.

Num. 16. Ni menos es de consideracion el derecho de los Patronos de la obra pia de Pedro Montes de Oca, porque es vn derecho ordinario que no tiene liquidacion, ni fundamento, ni menos el de los hijos de Gabriel de Florencia, porque este derecho es contra el Capitan Rodrigo de Escouar, a el qual no pueden estar obligados Doña Iuana de Bur-

nao, y ſus hijos, y aſſi ſe deue mandar alçar los embargos ſin fianças algunas, confirmando la ſentencia de viſta, en que ſe mandó executar la Carta Executoria, & ita ſperamus ſalua in omnibus, D. V. C.

Licenciado Don Luys Thadeo del Burgo.